
Les juristes face à la globalisation

Considérations théorico-pratiques à partir des visions de Capella, Ferrajoli et Laporta sur le droit et la justice dans la société globale

Legal Scholars and Globalisation. Theoretical and practical considerations for law and justice in the globalised world based on the visions of Capella, Ferrajoli and Laporta

Macario Alemany

Traducteur : Guillaume Tusseau



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/add/769>

DOI : 10.4000/add.769

ISSN : 2606-1988

Éditeur

Presses universitaires de Rouen et du Havre

Édition imprimée

Date de publication : 1 avril 2015

Pagination : 09-26

ISSN : 1955-0855

Référence électronique

Macario Alemany, « Les juristes face à la globalisation », *Les Annales de droit* [En ligne], 7 | 2013, mis en ligne le 03 mai 2018, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/add/769> ; DOI : 10.4000/add.769

Les juristes face à la globalisation

Considérations théorico-pratiques à partir des visions de Capella, Ferrajoli et Laporta sur le droit et la justice dans la société globale

Macario ALEMANY

Le 22 octobre 2008, les dix-sept chefs d'État et de gouvernement des pays de la zone euro se sont réunis au palais de l'Élysée, à Paris. À six heures du soir, Angela Merkel et Nicolas Sarkozy se sont présentés sur le perron, devant la presse. Ils ont déclaré aux journalistes : « Nous venons de débloquer le crédit interbancaire et d'augmenter le pourcentage minimum d'autofinancement [PMA] des banques de 3 à 5 % . »

Avant la fin de l'année 2008, les subventions des pays de la zone euro à l'aide alimentaire d'urgence ont presque chuté de moitié. Le budget habituel du Programme alimentaire mondial avoisinait les 6 000 millions de dollars. En 2009, il est tombé à 3 200 millions.

Le PMA s'est vu obligé de suspendre pratiquement la restauration scolaire dans le monde entier, et notamment au Bangladesh.

Jean ZIEGLER, *Destruction massive.
Géopolitique de la faim.*

1. Objectif pratique de l'étude

Parmi les multiples dimensions de la crise actuelle, il faut considérer que l'un de ses facteurs (c'est-à-dire une circonstance qui, d'un côté, favorise son apparition, son aggravation et sa durée, et, de l'autre, se trouve elle-même renforcée par la crise) tient au démantèlement dans tous les domaines de la responsabilité professionnelle, comprise comme

déontologie, et son remplacement par le discours et la praxis de l'efficacité, qui se réduit à une recherche constante de la maximisation des rendements individuels moyens en fonction d'un critère quantifiable.

Je souhaite m'intéresser à la profession des juristes, et en particulier à celle des universitaires. Actuellement, le discours omniprésent de l'efficacité (sur lequel je reviendrai) se traduit pour le monde académique par une exigence d'excellence, mesurée en termes de quelques résultats individuels, qui tend à satisfaire aux critères formels d'un marché de la formation supérieure. Ceci est bien connu et ne me semble pas devoir retenir davantage l'attention. Il suffit de remarquer que les organismes d'accréditation pour les enseignants et les chercheurs sont les principaux promoteurs de cette « efficacité » du marché académique. Il en résulte qu'aux tendances isolationnistes traditionnelles des juristes, s'ajoute aujourd'hui la nécessité d'orienter tout le travail en fonction de l'une des échelles d'excellence académique (nombre d'articles, nombre de citations, nombre de projets de recherche réalisés, etc.) Ceci rend difficile un (improbable) positionnement des juristes face à la crise et, en général, à la globalisation.

Au sein des départements universitaires, s'est répandue une attitude « réaliste », consistant à mesurer et à compter l'effort en fonction de son « rendement », les uns pour consolider leurs situations et les autres pour ne pas voir leurs situations déjà consolidées se dégrader. N'importe quel thème convient pour un article, s'il permet d'écrire autour de vingt pages avec notes infrapaginales, n'importe quel travail est un succès bien que son contenu soit totalement dépourvu d'intérêt, s'il « rapporte » néanmoins « des points », n'importe quelle réalité sociale sous-jacente au problème juridique traité peut être ignorée, parfois même de manière profondément douteuse. Pourtant, il n'est pas exagéré d'affirmer qu'il y avait longtemps que la société n'avait pas sollicité de manière aussi vive autant de réponses, d'orientations, d'espérances concernant son propre futur. Or ces réponses sont fournies, selon les termes de Capella, par la « diffusion industrielle de l'idéologie de l'efficacité¹ ».

L'objectif du présent travail est de susciter une discussion au sujet des obligations morales qui s'imposent aux juristes universitaires, en tant que tels, à propos du « mal-être dans la globalisation » et de la profonde crise actuelle, laquelle constitue une illustration parfaite des raisons et de l'ampleur de ce mal-être. À cette fin, je m'appuierai sur les essais

1. Juan Ramón Capella, « La globalización: ante una encrucijada político-jurídica », dans M. Escamilla, M. Saavedra (dir.), *Law and Justice in a Global Society*, Granada, Anales de la Cátedra Francisco Suarez, 2005, p. 22.

sur la globalisation et le droit qu'ont présentés Juan Ramón Capella, Luigi Ferrajoli et Francisco Laporta au Congrès mondial de l'Association internationale de philosophie du droit et de philosophie sociale de 2005, qui avait pour thème : droit et justice dans une société globale. Le choix de ces trois auteurs se justifie par leur qualité extraordinaire, ainsi que par le fait qu'il me permet de soumettre à la discussion une première thèse sur les engagements moraux : nous avons d'excellents auteurs dans le monde latin (au sens large, c'est-à-dire en incluant la France et l'Italie) qui, fréquemment, ne reçoivent pas l'attention qu'ils méritent, au profit d'auteurs anglo-saxons, qui s'inscrivent au cœur de la diffusion industrielle de l'idéologie de l'efficacité. Le contexte actuel mérite peut-être un engagement spécial de notre part à recourir en premier lieu à nos meilleures sources. Il ne s'agit pas là d'une défense patriotique d'une pensée latine ou de quelque chose de ce genre². Il s'agit simplement d'observer que, dans le succès de la contre-révolution sociale conservatrice (dont nous parlerons immédiatement), l'hégémonie de la pensée anglo-saxonne a joué un rôle indéniable.

-
2. Je souhaiterais donner un exemple à mon avis très clair du type de problème que pose cette reddition totale aux sources anglo-saxonnes. Récemment, lors d'une rencontre interdisciplinaire avec des professionnels de la santé, des philosophes moraux, des philosophes du droit, des juristes et des gestionnaires, organisée pour discuter de thèmes relatifs à la bioéthique dans le domaine de la santé publique, j'ai pu constater que la préoccupation prioritaire était d'éviter la moindre intrusion dans la sphère de liberté des individus, d'assurer que la participation des citoyens aux politiques de santé publique (prévention du cancer du sein, vaccination, etc.) se fasse d'une manière qui respecte scrupuleusement le droit à la liberté de décision et, qu'en général il y ait des garanties de respect des droits individuels (entendus comme des droits à la liberté) face à un paternalisme sanitaire considéré avec méfiance. Ma position consistait à affirmer que le problème de la santé publique en Espagne était celui de sa disparition, que les questions à propos du consentement éclairé et de la liberté de décider n'étaient pas dépourvues d'intérêt, mais ne constituaient pas le point principal d'un agenda de discussion pour les espagnols. De fait, il était regrettable que la plupart des auteurs mentionnés au cours des interventions soient des Anglo-Saxons, et en particulier des Nord-Américains, dans la mesure où nous ne pouvions pas nous attendre à ce qu'ils aient centré leurs réflexions sur la santé comme condition d'une société un minimum égalitaire, à partir de laquelle pourraient se poser d'autres questions telles que, par exemple, les obligations morales des citoyens face à la santé (moins de liberté individuelle, dans ce cas), parmi lesquelles l'obligation de ne pas abuser des services de santé. De ce dernier thème, seuls se sont préoccupés les ennemis de la santé publique, non pour y remédier, mais pour justifier sa suppression. Il est certain que ce problème de l'excès des sources anglo-saxonnes est plus vif pour la philosophie du droit que pour d'autres disciplines juridiques. Il n'en est pas moins nécessaire de le souligner.

2. Est-il possible de changer quelque chose ?

Si ce texte vise à proposer quelques idées sur ce que nous, juristes, devons faire face au phénomène de la globalisation, on admettra que l'un de ses présupposés tient à la possibilité d'influer sur ledit processus, en altérant, ne serait-ce que de manière minimale, sa trajectoire. C'est ce que semble indiquer la célèbre maxime morale : « Le devoir implique le pouvoir. »

Voyons, en premier lieu, ce que nos auteurs exposent quant aux possibilités de changer la situation actuelle. Pour Juan Ramón Capella, si je l'interprète correctement, ce que peut faire la réflexion juridique, politique et sociale, c'est dévoiler les présupposés idéologiques de la réalité. Capella utilise la notion marxiste d'idéologie, c'est-à-dire un phénomène de fausse conscience, un discours qui comporte une dimension réelle qui, dans le cas qui nous occupe, tient à ce que « le système socioéconomique a été efficace pour résoudre de nombreux problèmes des êtres humains », et une dimension idéologique de tromperie, « qui présente la politique économique appropriée à l'expansion maximale des grandes firmes multinationales comme l'unique logique possible, la logique d'une modernisation comme la logique de la modernisation [qui] présente le marché comme indépendant de ses conditions politiques d'existence ; [qui] présente les projets du souverain supraétatique diffus comme les seuls pourvus d'une rationalité³ ». Cette idéologie de l'efficacité est ensuite efficacement relayée de manière « industrielle », indique le même auteur, au moyen entre autres d'un déploiement considérable de moyens de communication de masse, d'espaces de création idéologique et de centres académiques⁴.

Luigi Ferrajoli formule quelques propositions concrètes de changement qui devraient se produire pour subvertir la mauvaise tendance de la globalisation. Nous verrons certaines d'entre elles. Mais sur la question du sens de ces propositions, étant donné que leur réalisation dans la situation actuelle n'est guère probable, notre auteur défend une thèse qui, en elle-même, constitue une réfutation de l'un des postulats de l'idéologie de l'efficacité :

3. Juan Ramón Capella, art. cité, p. 22.

4. Vis-à-vis de ce dernier, l'incontournable reportage *Inside Job* présentait l'intérêt notable de consacrer du temps au rôle des experts académiques dans le déclenchement de la crise de 2008, à leurs compromissions personnelles avec les intérêts funestes des grands spéculateurs financiers et à leur violation des plus évidents principes éthiques de la profession académique (ne pas mentir, par exemple).

De manière regrettable, dit Ferrajoli, il n'existe guère de raison d'être optimiste. Mais il est nécessaire, à tout le moins, d'éviter le sophisme auquel s'expose une bonne partie de la philosophie politique juridique « réaliste ». Dans les processus qui se déroulent actuellement, il n'y a rien de naturel ni de nécessaire ; et donc rien d'inévitable. Ces processus sont le fruit de choix politiques ou, si l'on préfère, d'un vide de politique. De ce fait, si nous voulons leur tenir tête, la politique – et au préalable la culture juridique et politique – devra élaborer des garanties nouvelles et spécifiques dont devra se doter un État de droit international pour les affronter⁵.

Plus loin, Ferrajoli s'associe à Norberto Bobbio qui, à propos du respect des droits de l'homme, en appelait à un optimisme méthodologique et qui, à son tour, paraphrasait Kant, selon lequel le progrès n'est pas nécessaire, mais possible.

Francisco Laporta ne suscite pas l'optimisme dans la réflexion suivante :

Je me sens, enfin, tenté de dire que, dans une large et inquiétante mesure, ce que nous avons devant les yeux obéit et obéira à la logique d'une action collective de proportion immense, qui implique un degré important d'anonymat et d'impersonnalité dans les actions et les réactions humaines et qui, en conséquence, entrave toute prédiction de ses résultats. Il me semble que l'idée de « conduire » ou « reconduire » les processus complexes qu'entraîne la globalisation est, sinon illusoire, tout du moins extraordinairement difficile⁶.

Ainsi que nous le verrons, Laporta considère qu'aucun des exemples d'un droit globalisé dont nous disposons ne satisfait les exigences de l'« empire du droit ». La possibilité de ce dernier demeure liée aux vieux États westphaliens. Il lui semble que, si l'on souhaite aller au-delà du droit national, il est possible que la seule manière réaliste de le faire, soit à travers des processus d'intégration comme celui de l'Union européenne.

3. Les traits saillants de la situation actuelle

Au cours de ces années, s'est formé un « corpus » commun de connaissances sur les aspects les plus notables de la situation actuelle du monde globalisé, et il peut ne pas sembler intéressant de s'attarder sur ce point. C'est pourquoi je vais présenter d'une manière très succincte ce que nos auteurs disent à ce sujet.

5. Luigi Ferrajoli, « La crisis de la democracia en la era de la globalización », dans M. Escamilla et M. Saavedra (dir.), *Law and Justice in a Global Society*, op. cit., p. 50.

6. Francisco Laporta, « Globalización e imperio de la ley. Un texto provisional para el debate con algunas dudas y perplejidades de un viejo westfaliano », dans M. Escamilla et M. Saavedra (dir.), *Law and Justice in a Global Society*, op. cit., p. 233.

3.1. La description de Capella

Capella parle d'une « grande transformation » qui a lieu à partir des années 1970 et qui inclut deux processus historiques fondamentaux : la « troisième révolution industrielle » et la « contre-révolution sociale conservatrice ». La troisième révolution industrielle se caractérise par « l'introduction de l'informatique dans les activités productives, par l'utilisation de nouveaux matériaux d'origine chimique, et surtout, par de nouvelles formes d'organisation des institutions de la production ». La contre-révolution conservatrice a reposé sur « la mise en place de politiques économiques et sociales néolibérales ». En conséquence, a été créé un nouvel ordre global de division internationale du travail qui donne lieu à quatre types de sociétés : a) les pays matures ou centraux, qui externalisent les industries de la deuxième révolution industrielle, retiennent les activités à plus forte valeur ajoutée et conservent certaines prestations sociales et des bureaucraties immenses (par exemple les complexes militaro-industriels) ; b) la périphérie économique, où se situeraient le Brésil, la Russie, l'Inde, la Chine et l'Afrique du Sud (BRICs), caractérisée par l'offre de bas salaires dotés d'une formation suffisante et une faible pression fiscale ; c) la périphérie externe, où se trouvent les pays africains sans investissements ; et d) les pays intermédiaires, entre les deux précédents, où se situe la majorité des pays arables, lesquels (Cappella s'exprimant en 2005, avant le printemps arabe) ne peuvent soutenir à moyen terme la logique mercantile de la globalisation. Cette « grande transformation » se superpose au problème écologique, tout en l'aggravant, et s'avère solidaire d'une nouvelle institutionnalisation du pouvoir politique.

Les grandes tensions de la société globalisée s'articulent, selon notre auteur, autour des éléments précédents. À l'égard de la division internationale du travail, les sociétés de la périphérie externe ne peuvent pas exporter ces tensions de manière pertinente. Leur situation de pauvreté extrême constitue un scandale pour la conscience morale de l'humanité, mais ne suscite pas davantage que des interventions d'ingérence *post festum*. Les pays intermédiaires sont ceux qui suscitent les tensions les plus importantes vis-à-vis du centre du système, que ce soit sous la forme de migrations massives ou du terrorisme. Vis-à-vis de la problématique écologique, il suffit de mentionner qu'il s'agit de dommages graves, très souvent décisifs (irréversibles) et distants, aussi bien sur le plan spatial que sur le plan temporel.

La nouvelle institutionnalisation du pouvoir politique qui résulte de la conjonction de la nouvelle révolution industrielle et de la contre-révolution conservatrice se caractérise par trois phénomènes interconnectés : « Un reflux notable de la participation politique, l'apparition d'institutions de gouvernement et de pouvoir de plus en plus dissociées du *demos* et l'invasion d'un discours légitimant cette exclusion⁷. »

3.2. La description de Ferrajoli

Luigi Ferrajoli considère pour sa part que les principales transformations historiques qui se sont produites à partir de la chute du bloc soviétique affectent les deux niveaux du constitutionnalisme actuel : le niveau interne des États démocratiques et le niveau externe du schéma élaboré dans la Charte de l'ONU, comprise comme constitution mondiale.

Concernant la crise de la démocratie constitutionnelle dans les ordres juridiques internes, trois facteurs peuvent être identifiés. En premier lieu, la personnalisation et la verticalisation de la représentation politique, dont la manifestation la plus importante est le renforcement du pouvoir exécutif et la perte d'importance corrélative des parlements. En deuxième lieu, la concentration progressive et la confusion des pouvoirs publics et privés, du pouvoir politique et du pouvoir économique, qui se fonde sur la supériorité du marché sur la politique et apparaît avec clarté dans la relation entre « argent, information et politique : argent pour faire l'information, information pour faire de l'argent et de la politique, politique pour faire de l'argent, argent pour faire de la politique et de l'information, suivant un cercle vicieux et pervers qui aboutit à un conditionnement anti- ou extra-représentatif croissant de l'action du gouvernement ». En troisième lieu, la crise de la légalité, tant au niveau ordinaire qu'au niveau constitutionnel, qui conduit à la substitution d'un gouvernement des hommes au gouvernement des lois, à laquelle sont associés les phénomènes de la dérégulation, la guerre, les tortures, les lois d'urgence, la perte de tout type de garantie des droits.

Les deux niveaux, interne et externe, sont concernés par la dissociation de la démocratie et du peuple, qui se produit du fait de la mondialisation, de sorte que l'avenir des sociétés dépend de plus en plus des décisions prises par les majorités riches d'un nombre réduit de pouvoirs, qui contrôlent les institutions internationales où réside le pouvoir, associées aux décisions des grandes firmes multinationales. Le lien, explique Ferrajoli, entre démocratie et peuple a été rompu. Par ailleurs, l'État de

7. Juan Ramón Capella, art. cité, p. 14-18.

droit subit également une crise radicale, où apparaît un vide croissant de droit public, tant dans le domaine interne que dans le domaine international : « Une anomie générale sous le pavillon de la loi du plus fort⁸. » L'absence d'une « sphère publique internationale » (que Ferrajoli définit comme « l'ensemble des institutions et des fonctions consacrées à la protection des intérêts généraux, tels que la paix, la sécurité et les droits fondamentaux ») est le grand problème. L'accroissement exponentiel des inégalités sur la planète en est la principale conséquence.

3.3. La description de Laporta

Enfin, Francisco Laporta commence par clarifier le concept de globalisation, en adoptant la perspective des définitions qui insistent sur l'idée d'interdépendance, résultant d'interactions humaines qui s'élèvent avec facilité au-delà des frontières étatiques. Son propos consiste à s'interroger sur l'ampleur de ce processus à l'égard du droit, c'est-à-dire sur la mesure dans laquelle la globalisation juridique s'est développée. À cette fin, il introduit la notion fondamentale d'empire du droit, dans trois acceptions ou degrés de densité. À un premier degré, il s'agit « de la simple existence de normes juridiques efficaces comme modèles qui organisent la violence, établissent les droits de propriété et les formes de l'échange économique et sont raisonnablement protégées par une agence d'application coercitive ». À un deuxième degré de densité, il est exigé que, outre ce qui est précisé auparavant, « les pouvoirs publics soient soumis aux lois, et que leurs actes puissent aussi être examinés à travers des processus juridictionnels qui en contrôlent la légalité ». Finalement, le troisième stade de l'empire du droit suppose que « l'ordre juridique soit formé, dans son cœur le plus important, de règles générales et abstraites qui établissent un traitement formellement égal pour tous ses destinataires, raisonnablement stables, d'accès public aisé, dépourvues d'effet rétroactif et susceptibles d'être utilisées devant les tribunaux ».

Si nous entendons par « globalisation juridique » la réalisation, au-delà du contexte des États westphaliens ou des phénomènes de régionalisation tels que l'Union européenne, d'au moins le premier degré de l'empire du droit, il convient alors d'affirmer qu'il n'existe pas de globalisation juridique en ce sens. Le panorama actuel pourrait, selon notre auteur, être décrit au moyen de la métaphore d'une « mosaïque considérable d'ordres politiques et juridiques juxtaposés », survolée par un réseau d'acteurs globaux. Les acteurs globaux ont besoin de se connecter

8. Luigi Ferrajoli, art. cité, p. 37-41.

à l'un de ces ordres, mais la totalité de ceux-ci s'offre comme « un menu juridico-politique varié ». Les ordres juridiques et politiques, pour leur part, s'auto-modifient en fonction des acteurs globaux qu'ils veulent attirer : une véritable concurrence entre États pour réduire les coûts de tous ordres s'engage. La seule chose dont semblent avoir besoin les acteurs globaux est le premier degré de densité du concept d'empire du droit, de sorte que tant pour le touriste sexuel qui cherche à profiter de mineurs que pour la grande firme qui recherche un contrat de travail avantageux, ni la soumission des autorités au droit, ni les exigences de la justice formelle n'offrent d'éléments incitatifs additionnels.

Ce qui précède ne nie pas qu'il y ait des phénomènes de « droit global », mais refuse de considérer que de tels phénomènes ont dépassé les fondements classiques du droit international, c'est-à-dire les règles de conflit et les traités qui, en définitive, renvoient au droit interne pour soutenir le caractère obligatoire des normes. En d'autres termes, si par « droit global » nous entendons un droit qui supprime les fondements classiques du droit international, alors un tel « droit global » n'a pas encore réalisé (ou ne l'a fait que dans une mesure très minime) l'idéal de l'empire du droit. Pour justifier cette thèse, Laporta examine trois des phénomènes les plus importants du droit global : la *lex mercatoria*, l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et la *Soft Law*. Examinons-les de manière détaillée.

Par *lex mercatoria* on désigne un « droit du commerce international dont les caractéristiques générales sont [...] une prétendue spontanéité, un développement conventionnel, une indépendance vis-à-vis des frontières étatiques et le dépassement de celles-ci, l'établissement d'une sorte de dispositif de solution des conflits à travers l'arbitrage ». L'action conjointe de la Chambre internationale de commerce et de la Cour internationale d'arbitrage offre de plus la certitude, la précision et le dynamisme, de même que la stabilité à ce droit. Si, à première vue, nous avons là un véritable phénomène de droit global qui est en mesure de réaliser certains degrés de l'idéal de l'empire du droit, Laporta soutient qu'un examen plus approfondi nous conduit à penser le contraire. Les études sur ce droit ont mis en évidence que les sentences arbitrales sont peu nombreuses, parce que les conflits n'apparaissent que rarement, et, lorsqu'ils se produisent, ils sont résolus par les juridictions internes. Ceci tient à ce que tous les participants du commerce international sont directement intéressés aux instruments juridiques de la *lex mercatoria*, dans la mesure où ils facilitent les transactions et, en définitive, réduisent les coûts. La coïncidence des intérêts conduit à ce que ce droit puisse « ignorer les mécanismes de la coercition de l'État ».

Il s'agit de « la solution d'un problème de coordination à travers une convention », l'acteur global qui ne suit pas cette convention n'ayant pas besoin d'être sanctionné parce que son comportement s'avère, sur le plan commercial, une stratégie suicidaire. En conclusion, la *lex mercatoria* offre une prévisibilité des conduites et, dans ce sens, contribue à une réalisation minimale de l'empire du droit. Mais elle ne peut traiter le conflit d'intérêts. Il s'agit d'une « loi désarmée et dépourvue de force obligatoire », qui « ne sert pas à rendre la justice ».

L'OMC est un organisme bien connu et je crois que l'on peut omettre la description qu'en offre Laporta. Ce qui importe, c'est de signaler que cet organisme produit effectivement des normes obligatoires pour ses membres, et qu'il est régi par la clause de la « nation la plus favorisée », selon laquelle « les membres qui établissent bilatéralement les uns avec les autres un régime spécialement favorable pour un produit déterminé sont obligés de généraliser ce régime à tous les États membres ». De plus, il existe un mécanisme de résolution des conflits qui possède également une force contraignante.

L'OMC constitue-t-elle alors un exemple de « droit global » qui a réalisé à un haut degré les exigences de l'empire du droit ? S'il en est ainsi, peut-elle constituer un modèle pour un constitutionnalisme global ? À la première question, il est possible de donner une réponse affirmative, tout en répondant par la négative à la seconde. La raison est semblable à celle qu'appelle la *lex mercatoria* : le fondement du caractère obligatoire des normes de l'OMC tient à ce qu'elle administre un bien public global (un bien qui offre des bénéfices semi-universels, dont il est impossible d'exclure quiconque, et pour lequel il n'existe pas de rivalité dans la consommation), quoique impur (l'impossibilité d'exclusion n'est pas totale), de sorte qu'une fois constitué le club des pays, les agents qui n'en sont pas membres peuvent être exclus. Le bien public global (impur) qu'administre l'OMC est un marché international de marchandises dépourvu d'obstacles tarifaires, économiques ou juridiques.

Enfin, concernant la *Soft Law* (les modèles de l'Organisation internationale du travail, les conclusions du sommet de Rio, les canons de l'Organisation internationale de normalisation, etc.), Laporta affirme que celle-ci ne peut réaliser les exigences de l'empire du droit, parce que « laisser la décision aux acteurs, selon qu'ils l'acceptent ou non, est incompatible avec l'empire du droit⁹ ».

9. Francisco Laporta, art. cité, p. 233-249.

4. Les juristes face à la globalisation

4.1. Les propositions pratiques de Capella, Ferrajoli et Laporta

Chacun des auteurs envisagés adopte une perspective différente à propos de ce qu'il convient de faire face à la globalisation, de sorte que Ferrajoli est le seul des trois qui tente de répondre directement, de forme argumentée, à cette question.

La perspective de Capella se situe, comme nous le signalions plus haut, au niveau de la réflexion philosophique ou théorique, et la proposition de mise en œuvre implicite dans ses considérations consistera à dévoiler les présupposés trompeurs de l'idéologie de l'efficacité. Le faux présupposé le plus important de cette idéologie, colonne vertébrale de la contre-révolution conservatrice, serait le thème « tout le privé n'est pas politique ». Il en résulte que « l'axiome de l'apolitisme de la sphère privée doit être éliminé de l'examen théorique, au moins dans sa formulation générique ». Les firmes multinationales ont gagné un pouvoir sur les collectivités qui, « faisant éclater les catégories théoriques héritées », doit être reconnu comme « un conglomerat de centres de pouvoir politique privé ». L'une des grandes nouveautés institutionnelles de la globalisation serait ce « pouvoir politique privé ».

Ensuite, Capella signale que l'apparition d'une « souveraineté nouvelle, supraétatique, diffuse et polycentrique » met en crise le noyau central de la « théorisation moderne de la citoyenneté¹⁰ ». La diminution de la souveraineté étatique a pour corollaire la diminution de la souveraineté populaire. Le *demos* n'est plus convoqué que pour acquiescer à l'autorité qui lui est supérieure (selon le moment et les circonstances, l'autorité supérieure sera le gouvernement de l'Union européenne, la Banque centrale européenne, le Fonds monétaire international, le complexe militaire étatsunien, le pouvoir politique privé des multinationales, etc.) La réflexion philosophique, juridique et sociale, soutient notre auteur, doit rendre présente cette dislocation entre le gouvernement représentatif et le gouvernement technocratique du monde.

Finalement, Capella souligne la nécessité de produire de nouveaux schémas de responsabilité, adaptés à la dimension des problèmes globaux auxquels nous faisons face (catastrophe écologique, terrorisme international, crise financière, prolifération des armes nucléaires, pauvreté extrême d'un cinquième de l'humanité, etc.) Les schémas traditionnels

10. Juan Ramón Capella, art. cité, p. 19-21.

d'attribution juridique des responsabilités ne sont plus maniables lorsqu'il s'agit de dommages très graves (souvent irréversibles), résultant de décisions distantes tant sur le plan spatial que sur le plan temporel. Ces schémas ignorent, de plus, le respect pour les générations futures (par exemple dans le domaine des dommages écologiques).

En accord avec Ferrajoli, le paradigme même du constitutionnalisme démocratique nous apporte, si on le prend au sérieux, quelques indications importantes. En premier lieu, il s'agit de repenser la structure de la sphère publique, en commençant par la distinction entre institutions de gouvernement et institutions de garantie. Les institutions de gouvernement sont structurées autour de l'idée de représentativité politique et aujourd'hui, selon notre auteur, une représentativité globale au sein d'une démocratie planétaire est impensable. C'est pourquoi Ferrajoli insiste sur la nécessité de développer les institutions de garantie. Ces garanties, selon sa théorie bien connue des droits, sont de deux types : primaires, tendant à concrétiser la jouissance des droits, et secondaires ou de juridiction. À partir de là, en relation avec les institutions de garanties, notre auteur formule des propositions de nature politique, et non théorique, et signale la nécessité de :

[...] doter des moyens et des pouvoirs nécessaires les institutions déjà existantes telles que la *Food and Agriculture Organization* (FAO), l'Organisation mondiale de la santé (OMS), la Cour pénale internationale (CPI), etc. ; la mise en œuvre de certaines institutions prévues mais insuffisamment développées, telles que le Groupe international de police ; ainsi que la création de nouvelles institutions, et une fiscalité mondiale pour le fonctionnement d'une telle structure.

De nouveau dans le domaine des idées, il est nécessaire d'attaquer la thèse selon laquelle la protection des droits fondamentaux est un genre de jeu à somme nulle, de sorte que la plus grande satisfaction de certains d'entre eux implique, dans une mesure égale, la moindre satisfaction des autres. Bien au contraire, il faut affirmer, selon Ferrajoli, l'idée que « tous les droits fondamentaux se renforcent mutuellement ». De même, il faut rejeter et démanteler le thème du conflit entre les garanties des droits sociaux et le développement économique, puisque c'est l'insuffisante protection de tels droits (par exemple, la faim dont souffrent presque un milliard de personnes) qui constitue « le principal motif de l'insuffisance du développement économique sur une grande partie de la planète ».

Enfin, Ferrajoli défend la nécessité d'annexer aux chartes constitutionnelles de droits fondamentaux une Charte constitutionnelle destinée à établir la garantie de biens fondamentaux globaux : biens sociaux (comme l'alimentation, l'eau ou les médicaments élémentaires), biens

très personnels (comme les organes du corps humain et l'intégrité de celui-ci) et biens communs (comme l'air, l'intégrité du milieu ambiant et le futur de la planète). Il faudrait de même délimiter des biens illicites, dont l'utilisation et le commerce doivent être prohibés, c'est-à-dire concrètement, les armes¹¹.

Au sujet des propositions d'action pour remédier aux défauts que présentent le droit global ou la globalisation juridique, l'article de Laporta suggère que les exigences de l'empire du droit ne semblent susceptibles d'être satisfaites au-delà des frontières de l'État westphalien que dans le cadre de processus d'intégration tels que l'Union européenne. Étant donné que la majorité des auteurs considère qu'un tel processus d'intégration n'est pas à proprement parler un phénomène de globalisation juridique, mais un phénomène de régionalisation, on dira que Laporta fait preuve d'un évident pessimisme quant aux avantages que ladite globalisation peut comporter. Cependant, je crois que Laporta est l'un de ces faux (quoique sincères) pessimistes, dans la mesure où, au-delà des apparences, il propose une thèse de caractère très nettement politique, de politique juridique, selon laquelle le danger le plus important que nous affrontons du point de vue juridique dans le processus de globalisation, est celui de la perte de l'empire du droit en tant que manifestation de certains traits des divers ordres juridiques ou, ce qui est pire, en tant qu'idéal incontournable de tout droit.

4.2. Idées et propositions pour assumer un engagement moral

Un jeune philosophe du droit, Álvaro Núñez, lors d'une conférence présentée l'an passé au Congrès de philosophie du droit, a soutenu la thèse selon laquelle, pour des raisons morales, nous devons assumer un point de vue ou une conception réaliste du droit. La difficulté énorme qu'il affrontait pour justifier cette thèse tenait, à mon avis, à ce que sa conception réaliste du droit n'est pas étrangère à sa croyance en un défaut d'objectivité des jugements moraux, de sorte que toute l'argumentation évoluait avec un certain air de paradoxe. Cependant, je crois que Núñez adoptait une orientation qui rejoint ce que je vais soutenir dans ce qui suit.

Il existe (entre autres) deux tensions inévitables dans le droit, qui ne peuvent être surmontées que provisoirement, étant donné que les circonstances viennent, périodiquement, produire des déséquilibres : la

11. Luigi Ferrajoli, art. cité, p. 44-49.

tension entre la forme et la substance, d'un côté, et la tension entre le public et le privé, de l'autre.

L'idéal de l'empire du droit est un idéal formel qui, dans sa pleine réalisation, incorpore la notion perelmanienne de justice formelle : « On doit traiter de manière égale tous les êtres relevant de la même catégorie¹². » Cependant, comme on le sait bien, la réalisation de cet idéal est compatible avec une grande variété de critères substantiels sur la manière de former ces catégories, certains desquels peuvent s'avérer moralement aberrants. Mais le contraire est tout aussi certain : certains idéaux anti-formalistes ne peuvent être compris que comme une substitution à la soumission à la loi de la soumission aux hommes, avec des résultats historiques trop connus. Dans la « faculté de droit de Guantánamo » (naturellement, selon une expression de Capella), nous pouvons apprendre deux choses : le « droit pénal de l'ennemi », qui s'avère, à son tour, l'ennemi de l'empire du droit ; mais également les effets du plus pur formalisme juridique, sans lequel l'idée qu'aucun tribunal nord-américain (qui ne soit ni militaire, ni *ad hoc*) n'ait de compétence vis-à-vis des détenus serait inconcevable.

Nous pouvons ici invoquer l'autorité de Ihering, le second Ihering qui se révolte contre son formalisme antérieur, pour soutenir que le droit « n'est pas une idée logique, mais une idée de force¹³ », et que si son but est d'assurer la stabilité des relations sociales, la paix et la sécurité juridique, son moyen est toujours la lutte pour le droit. Tout ce qui est aujourd'hui considéré comme juridiquement inchangeable est le résultat d'un mouvement antérieur, mais d'un mouvement qui avait pour but la stabilisation d'un droit.

Revenant à nos auteurs, nous devons suivre Laporta lorsqu'il affirme que le processus de juridification de la globalisation suppose un processus parallèle de réalisation des divers degrés sur l'échelle de densité de l'empire du droit. De même, Laporta a raison lorsqu'il signale que certains des phénomènes les plus importants du « droit global » n'atteignent pas, ou pas à un degré très élevé, cette échelle de juridification. Tout ceci est compatible avec l'affirmation selon laquelle il existe aussi une lutte pour le droit au niveau global, de la part des acteurs globaux. En ce sens, les expressions qu'utilise Ferrajoli pour se référer à la globalisation juridique, telles que « anomie », « vide du droit public » ou « loi du plus fort », etc., ne me semblent pas satisfaisantes. Il n'y a pas « anomie » de manière absolue, puisqu'il est possible que jamais il n'ait existé autant de

12. Voir Chaïm Perelman, *De la justicia*, México, UNAM, 1964.

13. Rudolf von Ihering, *La lucha por el derecho*, Madrid, Civitas, 1985, p. 60.

régulations efficaces des relations de tous types au niveau global. Je ne crois pas davantage qu'il y ait un vide de droit public, si nous entendons par là le droit qui régule l'infinité des institutions internationales, que Ferrajoli lui-même situe dans une constitution universelle. Enfin, la « loi du plus fort » suggère une puissance irrésistible, alors qu'en réalité, les forts savent pertinemment qu'ils ne peuvent arriver à la « loi » que s'ils ne renoncent pas dans la lutte.

Neil MacCormick, lors d'une conférence à l'université d'Alicante, a avoué sa surprise lorsqu'il a découvert, en travaillant à l'élaboration de normes de l'Union européenne, à quel point les *lobbies* situés à Bruxelles étaient disposés à dépenser des sommes d'argent considérables et à déployer des efforts immenses pour changer un mot, une virgule, un détail d'une réglementation qui les affecte. Il ne faisait aucun doute que ces *lobbies* prenaient le droit très au sérieux et les sceptiques à l'égard du pouvoir du droit concernant la détermination des conduites se trouvaient quelque peu désorientés. Cette remarque de MacCormick m'est utile pour souligner ce qui demeure peut-être une explication trop confuse : nous ne sommes pas face au triomphe définitif des plus forts, mais devant une lutte ouverte pour le droit au niveau global. Et dans cette lutte, l'arme la plus puissante dont disposent les élites économiques est l'idéologie : parvenir à convaincre tous les autres que leur loi est la seule rationnelle, que nos intérêts coïncident avec les leurs.

Je soupçonne que les États n'ont pas réellement perdu autant de souveraineté qu'on le dit, que le *demos* n'est pas si déconnecté de la représentativité qu'on le dit, que les multinationales ne peuvent choisir des menus juridico-étatiques à la carte sans le moindre coût autant qu'on le dit, que les organisations internationales consacrées à la garantie des droits (comme l'ONU, la FAO, etc.) n'ont pas eu si peu de succès qu'on le dit. Tout ceci fait partie de l'arme idéologique.

L'autre couple d'éléments en tension est celui du public et du privé. La contre-révolution conservatrice a résolu la tension en faveur du privé d'une manière radicale. Retournons un moment à Ihering. Ihering affirme nettement dans *Le But dans le droit* que « le progrès du développement de l'État et du droit est un accroissement continu des exigences que l'un et l'autre font peser sur l'individu¹⁴ ». Chaque nécessité sociale satisfaite entraîne l'apparition d'une autre qui suppose d'allonger la liste des fins sociales, et en conséquence, d'accroître les obligations de l'individu : par exemple, l'obligation de payer ses impôts, l'obligation de

14. Rudolf von Ihering, *El fin en el derecho*, Granada, Comares, 2000, p. 351.

prestations personnelles telles que le service militaire ou le fait d'être juré et, en général, l'obéissance aux lois pénales et administratives. Ihering se demande, cependant, quand l'individu en a terminé avec la société et peut proclamer son droit à la non-interférence, quand il peut dire « telle est la limite ». Si nous cherchons la réponse, nous dit-il, dans le droit romain, profondément pénétré de l'indépendance de l'individu, de tous côtés nous rencontrons des « restrictions de droit privé dans l'intérêt de la société¹⁵ ». Ces restrictions ne se sont pas accrues et, par exemple au sujet de la propriété, il est permis au propriétaire de poursuivre son intérêt personnel simplement parce qu'il croit que ceci coïncide avec l'intérêt de la société. Lorsque tel n'est pas le cas, la société intervient. Je ne résiste pas à citer ce qu'en disait Ihering à son époque :

Le principe de l'inviolabilité de la propriété équivalait à livrer la société à l'incompréhension, au caprice et à l'obstination, à l'égoïsme criminel le plus débridé de l'individu – « que tout succombe, pourvu que je conserve ma maison, ma terre, mon revenu. » Mais te restent-ils vraiment, espèce de myope ? Les dangers qui menacent tout le monde te menacent aussi toi-même ; l'inondation, le feu, la peste, l'ennemi te concernent également. Toi aussi tu seras enterré dans la ruine générale – en vérité, les intérêts de la société sont aussi les tiens et si la société interfère de manière restrictive, elle le fait autant en sa faveur qu'en la tienne.

Pour Ihering, la « nécessité pratique » dessine la frontière des restrictions à la liberté personnelle et ne peut se faire une fois pour tous à travers une « formule doctrinaire abstraite¹⁶ ».

Sa position n'est pas incompatible avec la doctrine des droits individuels, mais seulement avec l'interprétation néolibérale de cette doctrine. Par ailleurs, cette interprétation néolibérale use et abuse de l'idée de « nécessité pratique » pour éliminer les droits sociaux, ou de même, dans le domaine de la contre-révolution conservatrice, en appelle à la nécessité pratique pour refuser le droit à ne pas être torturé, à ne pas être détenu illégalement, etc. On dirait qu'au fond, le triomphe de l'idéologique néolibérale a conduit à ce que ce soient précisément ceux qui s'opposent à elle qui sont les plus dominés par des formules doctrinaires abstraites.

Ma proposition est donc qu'en général, nous devons adopter un point de vue moins formaliste d'un côté, et visant à rééquilibrer les relations entre le public et le privé de l'autre. Dans cette perspective, pour

15. *Ibid.*, p. 354.

16. *Ibid.*, p. 359 et 377.

promouvoir la discussion, et à titre de conclusion, je suggère les formes d'action suivantes :

1) Le droit n'est pas une masse amorphe entre nos mains. Mais il n'est pas davantage un morceau de métal qu'il serait impossible de manipuler (pour être décrit par les professeurs). C'est ce qu'ont très bien compris ceux qui paient de larges sommes d'argent à des professeurs d'université pour rédiger des consultations (dans lesquels l'universitaire joue un rôle qui ne se limite pas à sa seule compétence). Nous faisons le droit « *pro parte* », quand bien même notre part est la plus faible.

2) Concernant le choix des thèmes de recherche, nous pourrions utiliser le principe selon lequel, face à une alternative, il est toujours préférable de traiter un thème lié au mal-être dans la globalisation et à la question sociale que provoque la crise, plutôt qu'un thème totalement déconnecté de ces enjeux. Les auteurs que nous avons abordés offrent de bonnes pistes quant aux champs d'investigation prioritaires (et telles sont les priorités, et non celles des administrations publiques éducatives), mais nous devons en discuter.

3) Si la principale arme de la contre-révolution conservatrice est l'idéologie, personne n'est plus capable que nous de l'affronter. Le terrain des idées est le nôtre. Dès qu'une limitation des droits, une entrave aux objectifs de l'égalité et du progrès accrus nous est présentée comme une exigence de l'efficacité, et de ce fait, dépourvue de toute attache vis-à-vis des intérêts de quiconque, nous sommes obligés de nous montrer suspicieux et d'enquêter. Or des espaces indécents d'immunité juridique ont été établis en faveur des puissants, tandis que des espaces de soumission ont été établis pour les faibles. L'homme moyen est écrasé par sa soumission à des dettes auprès des banques et le banquier est au-delà de toute responsabilité. La difficulté n'est pas que ceci se présente comme un phénomène d'injustice à l'encontre du droit, mais bien que le problème se pose comme une exigence du droit. Les exemples sont innombrables.

4) Dans la mesure du possible, nous ne devrions pas traiter la moindre question juridique sans entrer en contact avec la relation sociale ou la réalité sociale sous-jacentes. La majorité des travaux de recherche qui se font dans le domaine du droit sont d'un formalisme insupportable, totalement tributaires de quelques théories générales, dont certaines ont perdu tout contact avec la réalité depuis longtemps.

5) La morale s'accommode mal des frontières nationales. Le désastre écologique, la guerre et l'extrême pauvreté dans le monde méritent bien notre considération. Je crois que l'acharnement à les considérer centraux est la meilleure dénonciation possible de ce que la globalisation

a d'inacceptable. En tant que juristes, nous avons un domaine propre d'action. Par exemple, dans la lutte contre la faim, depuis l'année 2004, à l'initiative de la direction du Programme alimentaire mondial, le problème a été appréhendé sous un angle normatif, et on a encouragé à le considérer en termes de « droit à l'alimentation ». Il suffit de savoir qui s'est opposé de manière frontale à une telle idée pour voir l'intérêt de celle-ci. Enquêter sur les possibilités d'un tel droit à l'alimentation, les possibilités d'avoir un droit à un monde juste, l'exigence que les États s'engagent envers des institutions internationales telles que la FAO, etc. est un champ de bataille fascinant pour les juristes.

6) Il est impossible de créer une culture juridique commune dans l'isolement. Il n'est pas possible d'influencer la réalité sans se constituer en groupe. Réaliser des publications conjointes, s'habituer à faire circuler les textes au sein d'un groupe, se prononcer éventuellement sur les problèmes, diffuser nos travaux (au-delà du cercle personnel), se connecter au réseau, etc. s'avèrent des stratégies inévitables si nous souhaitons (comme je crois que nous devons le souhaiter) que les juristes aient quelque chose à dire sur cette globalisation et cette crise.

Professeur titulaire du département de philosophie du droit
de l'université d'Alicante

*Traduit par Guillaume Tusseau, professeur à l'école de droit de Sciences Po,
membre de l'Institut universitaire de France*